

## University of Groningen

### Rechtmatige overheidsdaad

de Graaf, K.J.; Tolsma, H.D.

*Published in:*  
Overheid en Aansprakelijkheid

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
de Graaf, K. J., & Tolsma, H. D. (2014). Rechtmatige overheidsdaad: een rol voor het specialiteitsbeginsel? *Overheid en Aansprakelijkheid*, 2014(3), 81-89. [2014/50].

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Rechtmatige overheidsdaad: een rol voor het specialiteitsbeginsel?

O&amp;A 2014/50

## 1. Inleiding

Kan een benadeelde voor toekenning van nadeelcompensatie in aanmerking komen als zijn belang gelet op het specialiteitsbeginsel geen rol speelde in de belangenafweging die tot het schadeveroorzakende besluit heeft geleid? De relatie tussen het specialiteitsbeginsel en het recht op nadeelcompensatie bij rechtmatige overheidsdaad staat al geruime tijd in de belangstelling. Het is de vraag of, en zo ja, in hoeverre en op welke wijze het specialiteitsbeginsel invloed uitoefent op de plicht tot het toekennen van nadeelcompensatie.<sup>2</sup> In deze bijdrage brengen wij aan de hand van literatuur en jurisprudentie in kaart welke rol het specialiteitsbeginsel speelt bij het toekennen van nadeelcompensatie. We starten met een terugblik op de relatie tussen de beide leerstukken (par. 2). Vervolgens richten wij de aandacht op de jurisprudentie (par. 3). Daarna bespreken we de mogelijke consequenties van de introductie van de algemene nadeelcompensatieregeling in titel 4.5 van de Awb (par. 4). We sluiten af met een conclusie (par. 5).

## 2. Ontwikkelingen in de relatie tussen evenredigheid, specialiteit en égalité

### 2.1 Gekoppelde beginselen?

Het aan het legaliteitsbeginsel gerelateerde specialiteitsbeginsel houdt kort gezegd in dat bestuursorganen publiekrechtelijke bevoegdheden moeten uitoefenen ter behartiging van de (algemene) belangen ter bescherming waarvan de wetgever de bevoegdheid in het leven heeft geroepen. Bij de bevoegdheidsuitoefening mag het bestuur slechts die specifieke algemene belangen behartigen die de wetgever aan het bestuur heeft toevertrouwd. Art. 3:4 lid 1 Awb wordt gezien als codificatie van dit uitgangspunt. Hoewel over de exacte uitwerking van dit beginsel kan worden gediscussieerd, volgt uit deze bepaling de verplichting van het bestuur om bij de uitoefening van een beleidsvrije bevoegdheid de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen, voor zover niet een beperking voortvloeit uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid.

De verplichting tot het toekennen van nadeelcompensatie, door ons begrepen als de plicht om voor een rechtmatige overheidsdaad schadevergoeding toe te kennen, is in de

rechtspraak en literatuur aanvankelijk gekoppeld aan de eis van een zorgvuldige en evenredige belangenafweging; met name het égalitébeginsel is in 1994 door de wetgever ook mede ten grondslag gelegd of 'opgehangen' aan art. 3:4 lid 2 Awb, waarin het evenredigheidsbeginsel is gecodificeerd. Met de erkenning in de rechtspraak van het ongeschreven égalitébeginsel als zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie en de constructie van het appellabele, buitenwettelijke, zelfstandige nadeelcompensatiebesluit, lijkt de verbinding met de aan het bestuur opgelegde eis van evenredige belangenafweging grotendeels losgelaten.<sup>3</sup> Een consequentie van deze 'ontkoppeling' had kunnen zijn dat daarna duidelijk zou zijn dat het specialiteitsbeginsel niet van betekenis is voor de verplichting tot het toekennen van nadeelcompensatie.<sup>4</sup> In de jurisprudentie wordt echter als grondslag voor nadeelcompensatie – naast het égalitébeginsel – nog altijd ook gewezen op de relatie tussen de reikwijdte van de belangenafweging en de verplichting tot nadeelcompensatie.<sup>5</sup> Binnenkort wordt het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten als grondslag voor nadeelcompensatie gecodificeerd in art. 4:126 Awb.<sup>6</sup> Daarmee lijkt een volgende stap te worden genomen in de ontkoppeling tussen evenredigheid en égalité als grondslag voor nadeelcompensatie. Het verband tussen het specialiteitsbeginsel en nadeelcompensatie is echter niet uitgekristalliseerd. Ook tijdens de parlementaire behandeling van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, was de vraag aan de orde of, en zo ja, in hoeverre en op welke wijze het specialiteitsbeginsel van invloed is op de plicht om nadeelcompensatie toe te kennen.<sup>7</sup>

In het vervolg van deze paragraaf wordt beknopt in hoofdlijnen de ontwikkeling in de theorie over de relatie tussen het specialiteitsbeginsel en het toekennen van de nadeelcompensatie, met name op grond van het égalitébeginsel, weergegeven.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Kars de Graaf en Hanna Tolsma zijn werkzaam bij de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Zij danken Hylkia Nieuwhof die als student assistent betrokken is geweest bij de voorbereiding van deze bijdrage. Het artikel is afgesloten op 13 juli 2014 en geschreven in het kader van het onderzoeksprogramma *Public Trust & Public Law*.

<sup>2</sup> Zie daarover reeds R.J.N. Schlössels, 'Het specialiteitsbeginsel en derdebellen: een frisse benadering of rechtsstatelijk drijfzand?', *NTB* 1996, p. 81.

<sup>3</sup> ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762, AB 1997/229, m.nt. Van Buuren, JB 1997/118, m.nt. Simon, *Gst.* (1997) 7060.3, m.nt. Hennekens, AA 1997, p. 602, m.nt. Van der Vlies, *RAwb* 1997/96, m.a. Schueller, BR 1997, p. 599, m.nt. Van Ravels.

<sup>4</sup> B.J. Schueller, 'Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht', in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), Den Haag: Bju 2002, p. 142.

<sup>5</sup> Vgl. ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6163, JM 2010/102, m.nt. Flietstra.

<sup>6</sup> Het is nog wachten op de Aanpassingswet nadeelcompensatie. Het gedeelte van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten dat ziet op schadevergoeding is op 1 juli 2013 in werking getreden.

<sup>7</sup> *Kamerstukken I* 2011/12, 32621, B, p. 2.

<sup>8</sup> Zie voor uitgebreide genuanceerde historische beschouwingen o.a. M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 3; O. Bos, *Codificatie van het rechtsbeginsel van de égalité devant les charges publiques in de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: Bju 2004.

## 2.2 Een uit nood geboren koppeling tussen specialiteitsbeginsel en nadeelcompensatie?

De aanvankelijke koppeling tussen de eis van een zorgvuldige of evenwichtige belangenafweging en de verplichting tot het toekennen van nadeelcompensatie, is sterk gerelateerd aan de in de rechtspraak ontwikkelde constructie van het buitenwettelijk, onzelfstandig nadeelcompensatiebesluit. Met die constructie werd door de bestuursrechter een procedurele weg geopend voor het toekennen van nadeelcompensatie in situaties waarin de wetgever niet had voorzien in een nadeelcompensatieregeling. Klassiek zijn de uitspraken over de Paul Krugerbrug (over een vergunning voor het bouwen van een vaste brug over het Merwedekanaal, waardoor Scheepswerf en Machinefabriek De Liesbosch BV in de knel komt omdat grote schepen niet langer kunnen passeren).<sup>9</sup> In voorkomend geval dient een bestuursorgaan bij de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid de eventuele schade die daardoor wordt veroorzaakt, in de belangenafweging te betrekken. Een plicht tot nadeelcompensatie bestaat indien rechtstreeks betrokken belangen van derden op onevenredige wijze worden benadeeld door de bevoegdheidsuitoefening. In deze benadering is de reikwijdte van de belangenafweging relevant voor de vraag of een verplichting bestaat tot nadeelcompensatie. Als de betreffende belangen op wat voor manier dan ook geen rol zouden spelen bij besluitvorming, dan kan bij eventueel geleden nadeel geen verplichting bestaan tot nadeelcompensatie.<sup>10</sup>

Deze redenering kan als volgt worden geïnterpreteerd: de belangenafweging wordt beperkt door het specialiteitsbeginsel en dat beïnvloedt derhalve de verplichting tot het toekennen van nadeelcompensatie. Daarmee zou de interpretatie van het specialiteitsbeginsel ook (mede) bepalend zijn voor het toekennen van nadeelcompensatie. Doorgaans wordt onderscheid gemaakt tussen de precieze, de gematigde en de rekkelijke uitleg van het specialiteitsbeginsel.<sup>11</sup> Die discussie betreft in de kern de rol van particuliere belangen van derden in de belangenafweging. Volgens een precieze uitleg van het specialiteitsbeginsel vallen particuliere belangen van derden buiten het afwegingskader en nadeelcompensatie voor hen zou dan ook niet aan de orde kunnen zijn. Schlössels concludeert op grond van een uitgebreide jurisprudentieanalyse dat rekkelijke tendensen in de rechtspraak voor een deel kunnen worden toegeschreven

aan de wens om een procedurele mogelijkheid voor nadeelcompensatie open te houden:

“Dit leidde in de jaren tachtig van de twintigste eeuw o.m. tot de ontwikkeling van de figuur van het ‘onzuiver schadebesluit’, waarbij de nadeelcompensatievraag de bestuurlijke besluitvorming ten principale ging beheersen.”<sup>12</sup>

In de – meest aangehangen en ook de jurisprudentie tot uitdrukking komende – gematigde uitleg van het specialiteitsbeginsel verzetten belangen van derden die niet samenvallen met de tot het wettelijk afwegingskader behorende algemene belangen, zich niet tegen het nemen van het besluit, maar kunnen zij wel aanleiding vormen voor het toekennen van nadeelcompensatie.

## 2.3 Naar een definitieve ont koppeling?

Dat de regering de vraag naar de grondslag voor nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel in de parlementaire geschiedenis van de Awb nadrukkelijk in verband bracht met het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb,<sup>13</sup> was gelet op de jurisprudentie tot dan toe, niet opmerkelijk.<sup>14</sup> Het aldus aangebrachte verband riep evenwel vragen op over de materiële grondslag voor nadeelcompensatie en de exacte verhouding tussen het evenredigheidsbeginsel en het égalitébeginsel. Verschillende auteurs benadrukten dat tussen beide beginselen een duidelijk onderscheid bestaat. Art. 3:4 lid 2 Awb ziet op het voorkomen van rechtens ontoelaatbare onevenredigheid tussen de nadelige gevolgen van een besluit en de met dat besluit te dienen doelen (doelmiddel-toets). Het égalitébeginsel ziet daarentegen op de onevenredige benadeling van de ene burger in vergelijking met andere burgers (o.a. een gelijkheidtoets).<sup>15</sup> Ook de opvatting dat het specialiteitsbeginsel de verplichting tot nadeelcompensatie zou beperken, stuitte in de literatuur op kritiek. Vucsán stelde dat de vraag naar het toekennen van nadeelcompensatie niet zou moeten aangrijpen bij de selectie van de af te wegen belangen, maar bij de vraag of het resultaat van die belangenafweging aanvaardbaar is in het licht van de rechtsregel dat aan een burger in vergelijking met andere burgers geen onevenredige schade mag worden toegebracht.<sup>16</sup>

In 1997 erkent de Afdeling bestuursrechtspraak met de uitspraak inzake Van Vlodrop het ongeschreven égalitébeginsel als een zelfstandige grondslag van de publiekrechtelijke bevoegdheid om nadeelcompensatie toe te kennen. Via de

9 ARRvS 12 januari 1982, ECLI:NL:RVS:1982:AM7845, AB 1982/299, m.nt. Van Wijmen, *Gst.* (1982) 6713.4, m.nt. Kan, tB/S III/320 m.a. Van der Gouwe (Paul Krugerbrug I); ARRvS 22 november 1983, ECLI:NL:RVS:1983:AM7385, AB 1984/154, m.nt. De Planque, tB/S III/490 m.a. Van der Gouwe, *BR* 1984, p. 228, m.nt. Meijer, *AB Klassiek* 2009/7, m.nt. Van Buuren (Paul Krugerbrug II).

10 Volgens Vucsán werd deze benadering in 1997 vrij algemeen onderschreven, zie R.L. Vucsán, ‘Het kind van de rekening: nadeelcompensatie en afwenteling in de Algemene wet bestuursrecht’ in: M. Herweijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid* (Scheltema-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 299.

11 De verschillende opvattingen zijn behandeld door o.a. R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel: over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998, p. 203-251; A. van Hall, *Het specialiteitsbeginsel in het waterstaatsrecht. Over kringen van belangen* (oratie Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1995, p. 26-58.

12 R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel: over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998, p. 373.

13 PG Awb I, p. 212.

14 Vgl. ook PG Awb I, p. 211 (over de constructie van het onzuiver schadebesluit).

15 O.a. R.J.N. Schlössels, ‘Nadeelcompensatie en het égalitébeginsel: chaos of ius commune? (II)’, *Gst.* (2002) 7161, p. 184; H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Nadeelcompensatie: wanneer en waarom?’, *Gst.* (2000) 7130, p. 569-575.

16 R.L. Vucsán, ‘Het kind van de rekening: nadeelcompensatie en afwenteling in de Algemene wet bestuursrecht’ in: M. Herweijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid* (Scheltema-bundel), Deventer: Kluwer, 1997, p. 300.

constructie van het zelfstandig nadeelcompensatiebesluit wordt het mogelijk – om onafhankelijk van de besluitvorming over de schadeveroorzakende handeling – een appel-label besluit te verkrijgen over nadeelcompensatie. Schueler stelt dat deze rechtsontwikkeling gevolgen heeft voor de relatie tussen het specialiteitsbeginsel en nadeelcompensatie:

“Nu de verplichting tot nadeelcompensatie op basis van het *égalité*beginsel is bevrijd uit het keurslijf van artikel 3:4 Awb, is niet meer het afwegingskader van het schadeveroorzakende besluit doorslaggevend voor de kring van relevante belangen. Als verzocht wordt om een zuiver schadebesluit op grond van het *égalité*beginsel, kan de verzoeker niet worden tegengeworpen dat zijn belangen vallen buiten het afwegingskader van de wettelijke bevoegdheid waarop het schadeveroorzakende besluit was gebaseerd.”<sup>17</sup>

Een consequentie van deze ontkoppeling is in zijn visie ook dat de nadelige gevolgen van de uitoefening van een gebonden bevoegdheid eveneens in aanmerking kunnen komen voor compensatie:

“Als de gevolgen van een gebonden besluit in strijd zijn met het recht, kan dat, als aan de voorwaarden van het *égalité*beginsel is voldaan, middels een zuiver schadebesluit worden gecompenseerd.”

Overigens wijst hij er wel op dat het aansprakelijke overheidslichaam niet het bestuursorgaan is dat de gebonden bevoegdheid uitoefende, maar het overheidslichaam dat de regeling maakte waarop de bevoegdheidsuitoefening is gebaseerd.<sup>18</sup> Ook Schlössels onderstreept dat het ontstaan van een aanspraak op nadeelcompensatie niet afhankelijk is van een door het bestuur te verrichten belangenafweging. De eventuele aanwezigheid van beleidsvrijheid bij het verrichten van de nadeelveroorzakende publiekrechtelijke (rechts)handeling, speelt geen rol bij de toepassing van het *égalité*beginsel.<sup>19</sup> Dit betekent naar zijn oordeel echter niet dat in het nadeelcompensatierecht geheel geen betekenis toekomt aan het specialiteitsbeginsel.<sup>20</sup> Het specialiteitsbeginsel kan volgens Schlössels een nuttige rol vervullen bij de vraag naar de causaliteit. Met een strikte toepassing van het causaliteitsvereiste (specialiteitsbeginsel) kan dan worden

voorkomen dat compensatieplichten worden aangenomen die ten onrechte ten laste komen voor het algemeen belang of worden afgewenteld op de direct-belanghebbende.<sup>21</sup>

### 3. Extract uit de jurisprudentie: *égalité et spécialité*

In de jurisprudentie is de vraag op welke wijze het specialiteitsbeginsel zich verhoudt tot de verplichting nadeelcompensatie toe te kennen een aantal keren aan de orde geweest. In deze paragraaf bespreken wij ter illustratie een aantal saillante uitspraken.

Uit de jurisprudentie volgt dat nadeelcompensatie op grond van art. 3:4 lid 2 Awb uitsluitend mogelijk is in gevallen waarin het bestuursorgaan een belangenafweging dient te maken<sup>22</sup> en dat nadeelcompensatie niet aan de orde is wanneer er weliswaar ruimte is voor een belangenafweging, maar het geschade belang daarin gelet op het stelsel van de specifieke wet niet mag worden betrokken.<sup>23</sup> Stellig op deze punten is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2004 ten aanzien van een beroep tegen een milieuvergunning waarin de appellanten zich op het standpunt stellen dat de verlening de waarde van hun woningen (onevenredig) heeft verminderd.

“Zoals onder meer volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 26 april 1996, E03.94.1880, *Gst.* 1996, 7038, 8, heeft de beroepsgrond dat in het bestreden besluit moest worden voorzien in compensatie voor schade geen betrekking op het belang van de bescherming van het milieu. Het stelsel van de Wm biedt geen grondslag voor de opvatting dat in bepaalde situaties een vergunning op grond van deze wet slechts zou mogen worden verleend onder het gelijktijdig bieden van compensatie voor het eventueel financieel nadeel dat door betrokkenen wordt geleden.”<sup>24</sup>

Beide aspecten komen ook aan de orde in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2010 in het kader van de Wet bodembescherming. Appellante, Lavo Beheer voert in dat geschil aan dat haar in het bestreden besluit ten onrechte geen nadeelcompensatie is toegekend voor de kosten die zij moet maken voor het bodemonderzoek en de bodemsanering.

“Ter zitting heeft Lavo Beheer haar betoog ten aanzien van nadeelcompensatie beperkt tot het ontbreken van nadeelcompensatie op grond van het in artikel 3:4, twee-

17 B.J. Schueler, ‘Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht’, in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), Den Haag: Bju 2002, p. 142.

18 B.J. Schueler, ‘Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht’, in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), Den Haag: Bju 2002, p. 143.

19 R.J.N. Schlössels, ‘Nadeelcompensatie en het *égalité*beginsel: chaos of ius commune? (II)’, *Gst.* (2002) 7161, p. 184.

20 Vgl. Tak die anders dan Schlössels ieder verband tussen nadeelcompensatie en de (beperkende) werking van het specialiteitsbeginsel uitsluit. Zie R.J.N. Schlössels, ‘Dimensies van belangenafweging: enige opmerkingen over besluitvorming en rechtsbescherming’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 60-61 en met reactie van A.Q.C. Tak op p. 124-125.

21 R.J.N. Schlössels, ‘Het specialiteitsbeginsel en derde-belangen: een frisse benadering of rechtsstatelijk drijfzand?’, *NTB* 1996, p. 95.

22 ABRvS 11 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9408, *JB* 2006/52; ABRvS 17 november 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR5835, *BR* 2005/139.

23 ABRvS 2 november 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6575, *AB* 2001/44, m.nt. Michiels; ABRvS 4 februari 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AH6678, *JB* 1999/66, m.nt. Schlössels; ABRvS 26 april 1996, ECLI:NL:RVS:1996:BL2446, *Gst.* (1996) 7038, 8, m.nt. Van Geest.

24 ABRvS 15 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7552, *AB* 2005/67, m.nt. De Graaf.

de lid, van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel. Zoals eerder overwogen in de uitspraak van de Afdeling van 11 januari 2006 in zaak nr. 200501586/1 is nadeelcompensatie op grond van het in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel uitsluitend van toepassing in gevallen waarin het bestuursorgaan een belangenafweging dient te maken. Voor een dergelijke belangenafweging door het college is in een besluit tot vaststelling van de ernst en spoed van een verontreiniging op grond van de artikelen 29 en 37 van de Wet bodembescherming – zoals in dit geval aan de orde – evenwel geen ruimte. Die vaststelling is namelijk alleen gebaseerd op aspecten van bodemverontreiniging en niet op een afweging waarbij het individuele belang van Lavo Beheer wordt meegewogen. Voor nadeelcompensatie op grond van het in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel was derhalve bij het nemen van het bestreden besluit geen grond aanwezig.”<sup>25</sup>

Het wettelijk afwegingskader van het schadeveroorzakende besluit is volgens bovengenoemde rechtspraak bepalend voor de vraag of een benadeelde in aanmerking kan komen voor nadeelcompensatie op grond van het in art. 3:4 lid 2 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel. Uit de jurisprudentie volgt evenwel ook al geruime tijd dat er materieel een relevant onderscheid bestaat tussen het evenredigheidsbeginsel en het *égalité*beginsel als grondslag voor nadeelcompensatie.

“Anders dan de burgemeester betoogt, betekent de omstandigheid dat er geen sprake is van onevenredige schade in de zin van artikel 3:4 tweede lid, van de Awb, in de zin dat de gestelde schade niet bij voorbaat in de weg staat aan het nemen van een rechtmatig besluit, niet dat er evenmin aanleiding is voor schadevergoeding op grond van het *égalité*beginsel. Die laatste vraag vergt dus een andere beoordeling en is door de burgemeester niet beantwoord.”<sup>26</sup>

Procedureel wordt de vraag naar de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit en de vraag naar het toekennen van nadeelcompensatie op grond van het *égalité*beginsel, in veel gevallen ontkoppeld, zodat de laatste vraag kan worden ‘doorgeschoven’ naar een andere procedure. Zo ook in de procedure over de aanwijzing van de Eilandpolder als speciale beschermingszone, tegen welk besluit onder meer de Koninklijke Nederlandse Jagersvereniging opkwam omdat er door het besluit schade zou worden geleden vanwege gemiste jachtdagen.

“De Afdeling overweegt dat de door appellant gestelde schade wegens gemiste jachtdagen – nog afgezien van de vraag of deze schade optreedt als gevolg van het aanwijzingsbesluit – niet kan worden aangemerkt als zodanig ernstige schade dat verweerder het bestreden besluit niet op zorgvuldige wijze had kunnen nemen zonder zich vooraf de belangen van appellant aan te trekken. Zij betreft hierbij tevens de mogelijkheid voor appellant sub 4 om nadat het aanwijzingsbesluit rechtskracht heeft gekregen, zich tot verweerder te wenden met een zelfstandig verzoek om schadevergoeding.”<sup>27</sup>

Uit deze overweging kan de conclusie worden getrokken dat ook situaties bestaan waarin niet ‘doorgeschoven’ kan worden omdat sprake zou zijn van een zodanig ernstige schade als gevolg van het besluit dat verweerder het besluit niet zorgvuldig kan nemen zonder zich vooraf de belangen van de gelaedeerde aan te trekken.<sup>28</sup> De vaak toegepaste procedurele ontkoppeling betekent volgens de Afdeling bestuursrechtspraak in 2006 overigens niet dat ook de koppeling tussen het vereist zijn van (de mogelijkheid van) een belangenafweging bij de uitoefening van een beleidsvrije bevoegdheid en het recht op nadeelcompensatie, is losgelaten. De schadeoorzaak dient de uitoefening van een beleidsvrije bevoegdheid (of taak) te zijn, omdat de belangenafweging ook een noodzakelijke voorwaarde is voor nadeelcompensatie op grond van het *égalité*beginsel.

“Vanwege het limitatief en imperatief karakter van art. 44 Woningwet was er bij het nemen van de beslissing op de aanvraag om bouwvergunning dan ook geen ruimte voor een belangenafweging en mitsdien evenmin voor nadeelcompensatie.”<sup>29</sup>

Heeft deze noodzakelijke voorwaarde nu ook als gevolg dat steeds het specialiteitsvereiste een rol speelt bij het toekennen van nadeelcompensatie? Ter beantwoording van die vraag wordt frequent gewezen op een uitspraak uit 2003, waarin de Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde over de vraag of de waardedaling van een woning als gevolg van het verlenen van een Drank- en Horecawetvergunning aan een gemeenschapshuis, op grond van het *égalité*beginsel voor vergoeding in aanmerking kon komen.

“Verder kunnen aan de vergunning ingevolge de Drank- en Horecawet geen voorwaarden worden verbonden ten aanzien van de wijze van exploitatie van het gemeenschapshuis. Dat het gemeenschapshuis door [...] op een andere wijze wordt geëxploiteerd dan door de vorige beheerder is, anders dan appellante betoogt, derhalve niet het rechtstreekse gevolg van deze vergunning. Ge-

25 Vgl. ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6163, JM 2010/102, m.nt. Flietstra.

26 ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1762, JB 2007/8, m.nt. Schlössels, AB 2007/252, m.nt. Van Ravens, Gst. 2007/67, m.nt. Neerhof, M en R 2007/31, m.nt. De Graaf. Zie ook ABRvS 12 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN7851, AB 2004/95, m.nt. Neerhof, JB 2004/12, m.nt. Schlössels.

27 ABRvS 9 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AS3528, BR 2003, 686 (nr. 127), m.nt. Van Ravens.

28 Vgl. M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 561 e.v.; ABRvS 5 november 1998, ECLI:NL:RVS:1998:ZF3624, JB 1999/7, m.nt. Schlössels.

29 ABRvS 16 maart 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT0552, AB 2007/11, m.nt. Van Ravens; zie ook ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6163, JM 2010/102, m.nt. Flietstra.



zien het vorenstaande is de rechtbank terecht en op goede gronden tot het oordeel gekomen dat de door appellante gestelde waardedaling van het pand [...] haar oorzaak niet vindt in de vergunning als zodanig en dat reeds hierom geen reden bestaat voor inwilliging van het verzoek om schadevergoeding. Het voor toekenning van schadevergoeding vereiste causale verband tussen de schadeveroorzakende handeling en de gestelde schade ontbreekt immers.”<sup>30</sup>

Mede gelet op de eerdere jurisprudentie wordt uit deze uitspraak afgeleid dat het specialiteitsbeginsel weliswaar niet relevant zou zijn voor de vraag of het égalitébeginsel is geschonden (voor de schadeplicht is niet vereist dat de gelaedeerde is geraakt in een belang dat meegewogen moest worden in de belangenafweging die ten grondslag ligt aan het schadeveroorzakende besluit), maar dat het dat wel is voor de vraag of er causaal verband bestaat. Tussen de schade en het schadeveroorzakende besluit ontbreekt causaal verband indien het bestuursorgaan geen mogelijkheid had de door het schadeveroorzakende besluit toegestane handelingen van een particulier te reguleren. Noemenswaardig is de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (in verband met art. 49 WRO (oud)) over planschadeverzoeken van concurrenten in verband met een toename van de concurrentie.

“Zoals de Afdeling recentelijk nog heeft overwogen (uitspraak van 29 december 2010 in zaak nr. 201005554/1) zijn bij de beoordeling of sprake is van een planologische nadeliger situatie ten gevolge van een planologische wijziging, slechts ruimtelijke gevolgen relevant. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling (uitspraken van 4 juli 2007 in zaak nr. 200609219/1, 8 augustus 2007 in zaak nr. 200700731/1 en 14 januari 2009 in zaak nr. 200802868/1) kan toegenomen concurrentie onder omstandigheden weliswaar worden aangemerkt als een gevolg van een planologische mutatie, maar is dit geen ruimtelijke relevant gevolg daarvan.”<sup>31</sup>

Het wettelijk gespecificeerde afwegingskader (specialiteitsbeginsel) lijkt derhalve relevant in het kader van de beoordeling van dergelijke planschadeverzoeken. De WRO staat het de gemeenteraad – net als de huidige Wro – alleen toe regels op te stellen die ruimtelijk relevant zijn en die met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk worden geacht. Vaste jurisprudentie is dat een bestemmingsplan niet gebruikt kan worden om concurrentieverhoudingen te regelen. Hoewel bovenstaande overweging betrekking heeft op de planologische vergelijking die plaatsvindt bij de beoordeling van een planschadeverzoek (is sprake van een planologisch nadeliger situatie als gevolg van een planologische wijziging), zou deze jurisprudentie volgens sommigen ook gezien kunnen worden als een toepassing van de

causaliteitstoets.<sup>32</sup> Gevolgen die niet ruimtelijk relevant zijn (zoals toegenomen concurrentie), kunnen niet beschouwd worden als gevolgen die aan de planologische wijziging kunnen worden toegerekend.

#### 4. Codificatie van het égalitébeginsel in de Awb

De geschetste ontwikkelingen en de in de praktijk – mede op grond van de jurisprudentie – levende vraagpunten, zouden respectievelijk een apotheose en een beantwoording moeten krijgen in de aangenomen, maar nog niet in werking getreden codificatie van het égalitébeginsel in de Awb. In deze paragraaf wordt nagegaan welke betekenis het specialiteitsbeginsel heeft of zou moeten hebben bij het toekennen van nadeelcompensatie na de inwerkingtreding van art. 4:126 Awb.

##### 4.1 Het specialiteitsbeginsel en art. 4:126 Awb

Art. 4:126 Awb vormt in zowel materieel als procedureel opzicht de kernbepaling van de algemene nadeelcompensatieregeling in titel 4.5 van de Awb. Uit de bepaling volgt dat een bestuursorgaan bij schending van het égalitébeginsel op aanvraag een vergoeding toekent. De reactie van het bestuursorgaan op de aanvraag is een besluit waartegen rechtsbescherming bij de bestuursrechter openstaat. Het eerste lid van art. 4:126 Awb luidt:

“Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde desgevraagd een vergoeding toe.”

Het eerste wat aan deze bepaling in het licht van ons onderwerp opvalt, is dat – naar ons oordeel overigens met recht – aan het bestuursorgaan in de wet geen beleidsvrijheid is toegekend. Omdat het specialiteitsbeginsel slechts relevant is in die gevallen waarin de wetgever het aan het bestuursorgaan heeft overgelaten om in een concreet geval de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen, geldt dat het specialiteitsbeginsel (art. 3:4 lid 1 Awb) geen rol speelt in het kader van de beoordeling of op grond van art. 4:126 Awb een vergoeding moet worden toegekend. Het specialiteitsbeginsel als zodanig beperkt de toekenning van nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel dus *niet*.<sup>33</sup> Wanneer aan de materiële vereisten van het éga-

30 ABRvS 12 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN7882, AB 2004/244, m.nt. Schueler.

31 ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1421.

32 Zie hierover en met jurisprudentieverwijzingen B.P.M. van Ravels, ‘Planschade. Van vergoeden naar tegemoetkomen’, in: R.W.M. Kluitenberg (red.), *40 jaar Instituut voor Bouwrecht*, Den Haag: IBR 2009, p. 91-156; W. Dijkshoorn, *Planschaderecht en privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht. Een intern rechtsvergelijkende studie* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2011, p. 73. Zie o.a. ABRvS 8 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB1304, Gst. 2007/150, m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

33 Zie ook M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 551.

litébeginsel<sup>34</sup> is voldaan (en sprake is van 'schade die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico' en die 'de benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft') dan kent het bestuur de benadeelde op verzoek een vergoeding toe.

In de wetsgeschiedenis van de algemene nadeelcompensatieregeling is uitdrukkelijk aandacht besteed aan de betekenis van het specialiteitsbeginsel bij het toekennen van nadeelcompensatie op grond van art. 4:126 Awb. Ook de regering stelt dat de mogelijkheid om nadeelcompensatie toe te kennen in beginsel niet wordt beperkt door het specialiteitsbeginsel:

"Het égalitébeginsel strekt in beginsel ter bescherming van alle belangen die door de rechtmatige uitoefening van een bestuursbevoegdheid onevenredig zwaar worden getroffen."<sup>35</sup>

Wat opvalt, is dat de regering de woorden 'in beginsel' hanteert, waardoor de suggestie wordt gewekt dat situaties denkbaar zijn waarin het anders ligt. Die ruimte zien wij niet. Wellicht doelt de wetgever met de woorden 'in beginsel' echter op het feit dat de rol van het specialiteitsbeginsel bij nadeelcompensatie nog niet helemaal is uitgespeeld.

#### 4.2 Het specialiteitsbeginsel en het causaal verband

Wil een aanvraag op grond van art. 4:126 Awb voor toewijzing in aanmerking komen, dan dient niet alleen vast te staan dat sprake is van een abnormale en van een speciale last, maar moet ook het causaal verband tussen de schade en de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid of taak door het bestuursorgaan worden aangetoond. In het algemeen bestaat de vaststelling van het causaal verband uit twee fasen. Onderscheid wordt gemaakt tussen de vraag naar het 'conditio sine qua non'-verband en die naar de leer van de redelijke toerekening. Het 'conditio sine qua non'-verband ontbreekt wanneer de schade ook was ontstaan als het handelen achterwege was gebleven. Dat is een noodzakelijk, maar niet een voldoende voorwaarde voor aansprakelijkheid. De leer van de redelijke toerekening (vgl. 6:98 BW) ziet op de omvang van de aansprakelijkheid. De schade moet in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat deze hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Achtergrond van deze leer is dat het de rechter dwingt om aan de hand van objectieve criteria – zoals de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de gedraging, de aard van de schade en de mate van objectieve voorzienbaarheid – te motiveren of de schade naar redelijkheid kan worden toegerekend. Opmerking verdient, dat deze twee fasen in de bestuursrechtspraak niet of nauwelijks tot uitdrukking wordt gebracht. Ook als het gaat om de invulling van

de leer van de redelijke toerekening, biedt bijvoorbeeld de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak op het gebied van planschade volgens sommigen weinig duidelijkheid.<sup>36</sup> Een voordeel van een meer expliciete toepassing van de leer van de redelijke toerekening is dat daarmee causaliteitsredeneringen van de bestuursrechter inzichtelijk(er) worden.<sup>37</sup>

De regering heeft in de wetsgeschiedenis benadrukt dat het specialiteitsbeginsel van betekenis kan zijn bij het vaststellen van een voldoende causaal verband. Gedoeld wordt met name op situaties waarin de directe oorzaak van de schade is gelegen in het handelen van burgers, maar waarin dit handelen slechts rechtmatig was door de verleende, voorafgaande toestemming van het bestuursorgaan (vergunning, ontheffing of gedoogbesluit).<sup>38</sup> Het is niet de bedoeling dat de overheid aansprakelijk wordt gehouden voor de gevolgen van allerlei handelingen van burgers, wanneer zij niet bevoegd is om die handelingen te reguleren of als de schade om andere redenen moet worden toegerekend aan de burger die de primaire veroorzaker is van de schade. Voor situaties waarin het goed verdedigbaar is dat de schade (mede) wordt veroorzaakt door de aanvrager van een overheidstoestemming, is gezocht naar houdbare juridische constructies om de compensatieplicht van het bestuur te scheiden van mogelijke aansprakelijkheid van de aanvrager.<sup>39</sup> Voor de hand ligt het afwentelen van de verplichting om nadeelcompensatie toe te kennen via een vergunningvoorschrift, maar dat staat op gespannen voet met het legaliteits- en specialiteitsbeginsel.<sup>40</sup> Uit rechtspraak volgt tevens dat een wettelijke grondslag vereist is voor het bestuur om de kosten van nadeelcompensatie af te wentelen door middel van een overeenkomst.<sup>41</sup> Steeds vaker wordt daarom in bijzondere nadeelcompensatieregelingen een wettelijke basis gecreëerd voor het afwentelen van de kosten van nadeelcompensatie op de persoon in wiens belang – en doorgaans: op wiens verzoek – de schadeveroorzakende handeling is verricht. In de nog in werking te treden algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb is deze problematiek echter niet aan de orde en derhalve ook niet op die wijze (weg)geregeld.

Dat het specialiteitsbeginsel, zoals de regering stelt, een hulpmiddel kan zijn bij het vaststellen van het causaal ver-

34 Zie o.a. B.P.M. van Ravens, 'Het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 70.

35 *Kamerstukken I* 2012/13, 32621, C, p. 2.

36 Volgens Van den Broek en Van Ravens hanteert de Afdeling bestuursrechtspraak de leer van de redelijke toerekening bij planschade. Dijkshoorn vindt in de jurisprudentie echter weinig aanknopingspunten voor deze opvatting. Zie met verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie: W. Dijkshoorn, *Planschaderecht en privaatrechtelijk schade-vergoedingsrecht. Een intern rechtsvergelijkende studie* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2011, p. 68–70.

37 W. Dijkshoorn, *Planschaderecht en privaatrechtelijk schadevergoedingsrecht. Een intern rechtsvergelijkende studie* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2011, p. 77.

38 Ter illustratie wordt verwezen naar ABRvS 12 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN7882, AB 2004/244, m.nt. Schueler. Overigens kan de bestuursrechter na invoering van art. 4:126 Awb ook geconfronteerd worden met verzoeken om nadeelcompensatie gebaseerd op een in algemeen verbindende voorschriften neergelegde norm.

39 Zie uitgebreid J.B. van Doorn, 'Naar een (Awb-)regeling voor afwenteling van nadeelcompensatie?', *O&A* 2013/87.

40 Zie ook F.A. Mulder & D. Elmbassai, 'Afwenteling van nadeelcompensatie', *O&A* 2008/33, p. 58–67.

41 HR 2 mei 2003, NJ 2003/485 m.nt. Van Wijnen (Nunspeet/Mulder).

band in situaties waarin de aanvrager als primaire veroorzaker van de schade wordt beschouwd, lijkt gebaseerd op eerdere betogen in de literatuur (zie par. 2.3) en de recente onderbouwing daarvan door Tjepkema.<sup>42</sup> Vaststaat dat de meeste auteurs van oordeel zijn dat in dergelijke situaties niet zozeer de overheid, maar met name de initiatiefnemer aansprakelijk zou moeten zijn voor de ontstane schade. Tjepkema beargumenteert, thans met de regering in de memorie van toelichting, dat met behulp van het specialiteitsbeginsel een midden kan worden gezocht tussen de volledige aansprakelijkheid van de initiatiefnemer en de volledige aansprakelijkheid van het bestuur. Hoewel met deze redenering kan worden ingestemd, willen wij toch twee – wellicht voor de hand liggende – kanttekeningen plaatsen.

Volstrekt helder moet ten eerste zijn dat het specialiteitsbeginsel in het systeem van het algemene bestuursrecht met name relevant is voor de afbakening van de belangenafweging bij de uitoefening van beleidsvrije bevoegdheden; het gebruik van de term bij het vaststellen van het causaal verband tussen de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak en de schade die bij de benadeelde(n) is ontstaan, is minder vanzelfsprekend. Dat neemt evenwel niet weg dat het ontbreken van een voldoende causaal verband in de weg staat aan de verplichting tot het toekennen van nadeelcompensatie; daarbij kan relevant zijn te bepalen welke belangen een rol speelden of mochten spelen bij het uitoefenen van de schadeveroorzakende publiekrechtelijke bevoegdheid. Aangezien het 'conditio sine qua non'-verband doorgaans aannemelijk zal zijn (zonder de handeling was de schade afwezig), zou het specialiteitsbeginsel met name bruikbaar kunnen zijn in de tweede fase van de causaliteitstoets, bij de toepassing van de leer van de redelijke toerekening. Daarbij kan wel betwijfeld worden of het benoemen van het specialiteitsbeginsel als hulpmiddel een wezenlijke toevoeging betreft aan de leer van de redelijke toerekening. Zo bieden naar ons oordeel de huidige criteria (met name de aard van de gedraging en de aard van de aansprakelijkheid) ruimte voor causaliteitsredeneringen die verband houden met het wettelijk afwegingskader van de schadeveroorzakende handeling. Is het niet eenvoudig(er) om te stellen dat de gestelde schade (bv. 'waardedaling van een woning door geluidsoverlast') in redelijkheid niet kan worden toegerekend aan de aard van de gedraging die daarvoor door de gelaedeerde als schadeoorzaak wordt aangewezen (bv. 'het verlenen van een Drank- en Horecawetvergunning')? Een toegevoegde waarde van het expliciete verband in de wetsgeschiedenis tussen dergelijke causaliteitsredeneringen en het leerstuk van het specialiteitsbeginsel is dat het bestuur en de bestuursrechter bij de invulling van de leer van de redelijke toerekening een aanknopingspunt hebben om aansluiting te zoeken bij bestaande rechtspraak als het gaat om de toepassing van het specialiteitsbeginsel.

Onze tweede opmerking ziet op die toegevoerde waarde. Natuurlijk is het bestuur in voor de hand liggende casus-

posities geholpen met de bedoelde redenering, zoals ook blijkt uit het aan de jurisprudentie ontleende voorbeeld dat de regering noemt en dat in paragraaf 3 is besproken.<sup>43</sup> Het betreft de conclusie dat het belang van het voorkomen van overlast geen rol speelt bij de afweging om een vergunning op de grond van de Drank- en Horecawet te verlenen en dat dus geen causaal verband kan bestaan tussen de waardedaling van het naastgelegen pand door geluidsoverlast. Ook het voorbeeld betreffende de milieuvergunning illustreert dat in het kader van de toepassing van art. 4:126 Awb het wettelijk afwegingskader van de schadeveroorzakende handeling relevant is bij de vraag naar het causale verband. Zo komen aantasting van vermogensrechtelijke belangen van derden door een omgevingsvergunning milieu op grond van het huidige recht niet in aanmerking voor compensatie.<sup>44</sup> De redenering na codificatie van het égalitébeginsel in de Awb zou moeten zijn dat een causaal verband tussen de vermogensrechtelijke belangen van derden en de omgevingsvergunning voor milieu ontbreekt nu vermogensrechtelijke belangen van derden geen rol spelen in het afwegingskader van de vergunning.

Een belangrijke vraag is vervolgens of de vaststelling dat het specialiteitsbeginsel geen rol heeft bij de vraag of het égalitébeginsel is geschonden (zie par. 4.1), maar wel bij de vraag of een voldoende causaal verband bestaat, nu echt inhoudelijk verschil maakt voor de uitkomst. Dient bijvoorbeeld de consequentie te zijn dat, als een belang geen rol speelt in het afwegingskader van het schadeveroorzakende besluit, een voldoende causaal verband steeds ontbreekt (een alles-of-niets-benadering)? Of betreft het slechts een factor die in een bepaalde richting wijst en kunnen daarnaast andere factoren een rol spelen en wellicht ook in een andere richting wijzen? Wij neigen er naar – bij de huidige stand van de bestuursrechtelijke jurisprudentie en gelet op omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de leer van de redelijke toerekening – de eerste vraag ontkennend en de tweede bevestigend te beantwoorden. Wij sluiten op voorhand niet uit dat er situaties denkbaar zijn waarin naast een causaliteitsredenering die direct gerelateerd is aan het specialiteitsbeginsel, ook andere omstandigheden zijn die toerekening in een concreet geval kunnen rechtvaardigen. Daarbij speelt ook een rol dat niet altijd volkomen helder is of een bepaald belang in de belangenafweging van het schadeveroorzakende besluit betrokken mag worden, zoals de regering lijkt te suggereren. Ook in de literatuur bestaat immers discussie over de toepassing van het specialiteitsbeginsel. Hoewel de jurisprudentie overwegend een gematigde koers laat zien, blijft de rechtspraak wisselend. Mede

42 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, met name p. 552-559.

43 *Kamerstukken I* 2012/13, 32621, C, p. 2-3 over ABRvS 12 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN7882, AB 2004/244, m.nt. Schueler; zie ook M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 557.

44 Ook op basis van huidig recht moet de conclusie zijn dat de weg van het zuiver schadebesluit geen mogelijkheid biedt om compensatie te krijgen van schade die een derde lijdt als gevolg van een besluit tot verlening van een omgevingsvergunning voor milieu. Zie uitgebreid B.P.M. van Ravels, 'Een milieurechtelijke equivalent van de Kruger-brug', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht* (Koeman-bundel), Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 465-480.



daardoor is het vaststellen van causaal verband in elk geval niet uitgekristalliseerd. Het leerstuk van de redelijke toerekening laat naar ons oordeel, bijvoorbeeld als het gaat om een gedoogbesluit waarbij het algemeen belang dat gediend is met handhavend optreden een grote rol speelt tegenover het ongetwijfeld eveneens grote financiële belang van de overtreder, ook ruimte voor rechtspolitieke oordelen.<sup>45</sup>

#### 4.3 *Het égalitébeginsel en de uitoefening van een gebonden bevoegdheid*

Kan ook als de schadeveroorzakende uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid gebonden van aard is, sprake zijn van een schending van het égalitébeginsel door het bestuursorgaan dat de bevoegdheid uitoefent? Hoewel vastgesteld kan worden dat het specialiteitsbeginsel niet van grote betekenis is bij het uitoefenen van gebonden bevoegdheden, verdient deze vraag naar ons oordeel enige aandacht.

In literatuur en rechtspraak wordt er vanuit gegaan dat nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel alleen aan de orde kan zijn in situaties waarin het bestuur beschikt over een mogelijkheid om naar eigen inzicht te handelen en een afweging te maken.<sup>46</sup> Vereist is derhalve dat het bestuur enige keuzeruimte heeft in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid waardoor de schade is veroorzaakt. Bij gebonden bevoegdheden, zoals de omgevingsvergunning voor bouwen, kan voor het bestuur geen nadeelcompensatieverplichting ontstaan op grond van het égalitébeginsel. De redenering is dat de belangenafweging reeds op een ander niveau is gemaakt, namelijk bij de besluiten die aan de uitoefening van de gebonden bevoegdheid voorafgaan, zoals in het voorbeeld het bestemmingsplan, het Bouwbesluit en de gemeentelijke welstandsnota. Heeft de wetgever het bestuur geen beleidsvrijheid toegekend, dan moet het er voor worden gehouden dat de schade die het gevolg is van rechtmatige toepassing van de wet het gevolg is van de door de wetgever gemaakte belangenafweging bij het opstellen van de wettelijke regeling die de grondslag vormt voor de gebonden bevoegdheid. De vraag is in hoeverre deze redenering houdbaar blijft na introductie van de algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb.

Met het evenredigheidsbeginsel (en het specialiteitsbeginsel) deelt het égalitébeginsel simpelweg de eis dat sprake moet zijn van een keuze of een belangenafweging. Een bestuursorgaan – en daarom op grond van art. 4:126 Awb niet: de wetgever – kan enkel aansprakelijk worden gehouden voor de op een beperkte groep burgers drukkende en onevenredig uitpakkende schade die voortvloeit uit de rechtmatige keuze na een belangenafweging. Tot de vereisten voor aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel

behoort inherent op grond van de definitie dat slechts het overheidslichaam dat na een belangenafweging een keuze heeft gemaakt, aansprakelijk kan worden gehouden.<sup>47</sup>

#### 4.4 *Nadeelcompensatie op grond van art. 3:4 lid 2 Awb?*

Gelet op de historische ontwikkeling van het nadeelcompensatieleerstuk is niet verrassend dat enige onduidelijkheid bestaat over de relatie tussen het in art. 3:4 lid 2 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel en het égalitébeginsel, dat in de toekomst gecodificeerd zal worden in art. 4:126 Awb. Afgezien van de afwentelingsvoorschriften,<sup>48</sup> is in de jurisprudentie met name te vinden dat de bestuursrechters frequent gebruikmaken van de mogelijkheid om een verzoek om nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel door te schuiven. In de procedure tegen het schadeveroorzakende besluit wordt al dan niet expliciet overwogen dat het beroep op schending van het evenredigheidsbeginsel een andere beoordeling ('of de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van het besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen') vergt dan wanneer dat verzoek is gebaseerd op het égalitébeginsel ('of aanspraak bestaat op financiële compensatie aan de hand van het algemeen rechtsbeginsel van gelijkheid voor de openbare lasten').<sup>49</sup> Omdat in verreweg de meeste van dergelijke procedures het beroep wordt gebaseerd op de afwezigheid van gelijktijdige schadevergoeding op grond van het égalitébeginsel en dat beginsel als zelfstandige bevoegdheidsgrondslag is aangeduid, is de rol van art. 3:4 lid 2 Awb als middel om het onzelfstandig schadebesluit op basis van het égalitébeginsel te construeren, gemarginaliseerd.<sup>50</sup> Vaak wordt echter benadrukt dat die rol nog niet helemaal is uitgespeeld als het gaat om het toekennen van nadeelcompensatie.

In een aantal gevallen kan ingevolge de jurisprudentie en de stand van de ontwikkeling in de regelgeving (nog) geen sprake zijn van doorschuiven.<sup>51</sup> Indien een inventarisatie van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en de plicht tot belangenafweging (art. 3:4 lid 1 Awb; specialiteitsbeginsel)

45 Met name als wordt betoogd dat ook een verdeling van de aansprakelijkheid tussen overheid en particulier mogelijk is op grond van deze invulling van de eis van causaliteit, zoals Tjepkema lijkt te suggereren (M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 552), achten wij een en ander niet eenvoudig.

46 *Kamerstukken I* 2012/13, 32621, C, p. 1. Zie o.a. L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Bju 2013 (vierde herziene druk), p. 520-522; M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 550.

47 Vgl. B.J. Schueller, 'Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht', in: J.E. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), Den Haag: Bju 2002, p. 143. Het égalitébeginsel is een bijzondere verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel, dat in de uitwerking belangrijke overeenkomsten heeft met het evenredigheidsbeginsel, zie M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, par. 9.3 en L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Bju 2013 (vierde herziene druk), p. 63.

48 Zie met name ARRvS (vz.) 29 oktober 1992, ECLI:NL:RVS:1992:AN2970, AB 1993/183, m.nt. Van Male; ABRvS 10 mei 1995, RAwb 1995/72, m.nt. De Waard; ABRvS 2 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AN6963, AB 2002/218, m.nt. Van Hall.

49 Zie met name ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1762, AB 2007/252, m.nt. Van Ravens, JB 2007/8, m.nt. Schlössels, Gst. 2007/67, m.nt. Neerhof, M en R 2007/31, m.nt. De Graaf.

50 Zie Schlössels onder ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105, JB 2013/11, m.nt. Schlössels.

51 Zie M.K.G. Tjepkema, 'Nadeelcompensatie bij handhaven en gedogen. Waarom er nog toekomst is voor het on- zelfstandig schadebesluit', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer 2005, p. 237-279. Zie ook B.J. Schueller, *Schadevergoeding en de Awb* (Monografieën Awb B-7), Deventer: Kluwer 2005, p. 217.

uitwijst dat het besluit schade zal doen ontstaan die zo ernstig is, dat het aan het nemen van het besluit in de weg staat (de gevolgen van het besluit wegen niet op tegen de met het besluit te dienen doelen), kan geen sprake zijn van doorschuiven.<sup>52</sup> Het evenredigheidsbeginsel is dan geschonden. Als het gaat om de dan eventueel toe te kennen nadeelcompensatie op grond van het evenredigheidsbeginsel, menen wij dat er omstandigheden zijn waarin er zodanige urgentie bestaat om de – als gevolg van de ingrijpende wijze van handelen – nadeelcompensatie toe te kennen dat het kennelijk onevenredig is om dat niet gelijktijdig te doen. Hierbij speelt nadrukkelijk (de interpretatie van) het specialiteitsbeginsel een rol,<sup>53</sup> omdat niet tot de conclusie van kennelijke onevenredigheid gekomen kan worden op grond van belangen die geen rol kunnen spelen in de belangenafweging. Als het gaat om het toekennen van nadeelcompensatie op grond van het *égalité*beginsel, ligt dat naar ons oordeel anders. Wij achten het theoretisch onjuist om te stellen dat een kennelijk onevenredige uitkomst van een belangenafweging door het bestuursorgaan omgevormd kan worden tot een niet onevenredige uitkomst enkel door het toekennen van nadeelcompensatie op grond van het *égalité*beginsel. Overigens kan de wetgever door bijvoorbeeld (expliciet) te regelen dat een afwentelingsvoorschrift mogelijk is, onze opvatting op dit punt beïnvloeden.

Er zijn echter nog andere voorbeelden in de jurisprudentie, waarbij de vernietiging door de bestuursrechter in verband wordt gebracht met nadeelcompensatie op grond van het *égalité*beginsel en waarbij de vernietiging wordt geassocieerd met art. 3:4 lid 2 Awb, maar die voorbeelden hebben naar ons oordeel veeleer te maken met de schending van het rechtszekerheidsbeginsel of met schending van door het bestuur gewekte vertrouwen (bv. bij het intrekken van een vergunning of subsidie voor afloop van de eerder door het bestuur bepaalde termijn; in sommige gevallen ook een beleidswijziging).<sup>54</sup> In dit soort gevallen zal art. 3:4 lid 2 Awb ook in de toekomst een (wellicht enigszins oneigenlijke) rol vervullen. Gelet op het voorgaande moet het er echter – zeker na de inwerkingtreding van afdeling 4.5 Awb – voor worden gehouden dat alle op het *égalité*beginsel gebaseerde nadeelcompensatie in een *afzonderlijk* besluit (op grond van een verzoek op grond van art. 4:126 Awb) wordt toegekend en dat in alle procedures tegen het schadeveroorzakende besluit de vraag naar de schending van het *égalité*beginsel kan worden doorgeschoven. Het onzelfstandige schadebesluit dat wordt gebaseerd op het *égalité*beginsel is wat ons betreft afgeschaft, maar dat geldt (voorlopig) niet voor die constructie in situaties waarin schending van

het evenredigheidsbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel/vertrouwensbeginsel de grondslag voor nadeelcompensatie is.<sup>55</sup>

## 5. Conclusie

De verhouding tussen het specialiteitsbeginsel en nadeelcompensatie is vanwege de historische ontwikkelingen in rechtspraak, theorie en wetgeving niet eenvoudig te duiden. De codificatie van het *égalité*beginsel als grondslag voor nadeelcompensatie in art. 4:126 Awb maakt volstrekt helder dat het specialiteitsbeginsel geen rol speelt bij de toepassing van deze bepaling. Het specialiteitsbeginsel is relevant voor de afbakening van de belangenafweging bij de uitoefening van beleidsvrije bevoegdheden (art. 3:4 lid 1 Awb). Toekennen van nadeelcompensatie op grond van het *égalité*beginsel is evenwel een rechtsplicht wanneer aan de materiële vereisten van dat beginsel is voldaan ('schade die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico' en die 'de benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft'); van een belangenafweging is dan geen sprake. Wel is uit het bovenstaande gebleken dat bij de vraag of er een voldoende causaal verband bestaat tussen de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak door het bestuur en de gestelde schade, relevant moet worden geacht welke belangen een rol mochten spelen bij het uitoefenen van die bevoegdheid of die taak door het bestuur. In veel gevallen zal het 'conditio sine qua non'-verband weliswaar eenvoudig vastgesteld kunnen worden, maar zal het leerstuk van de redelijke toerekening dwingen tot een nadere redenering op grond van de omstandigheden van het geval. Het verdient aanbeveling dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar oordeel een nadrukkelijker verband legt met het leerstuk van de redelijke toerekening (art. 6:98 BW). Gelet op de bestaande jurisprudentie lijkt ons dat de toepassing van dat leerstuk zal moeten uitmonden in het beoordelen van alle omstandigheden van het geval, waarbij nadrukkelijk ook aandacht moet bestaan voor de belangen die ingevolge de toepassing van het specialiteitsbeginsel al dan niet een rol behoorden te hebben in de belangenafweging die heeft geleid tot de rechtmatige uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid welke de schade gesteldelijk heeft doen ontstaan. In het systeem van het algemene bestuursrecht is het dan overigens niet zo vanzelfverstandelijk om de term 'specialiteitsbeginsel' te gebruiken bij het vaststellen van causaal verband. Hoewel deze specifieke rol van het specialiteitsbeginsel in een aanzienlijk aantal situaties dienst kan doen als hulpmiddel bij de vraag naar het causaal verband, moet die rol naar ons oordeel niet worden overschat. Onze inschatting is dat het gebruik van het specialiteitsbeginsel bij het vaststellen van het causaal verband lang niet altijd een duidelijke antwoord biedt op de vraag naar de grens tussen enerzijds de compensatieplicht van het bestuur op grond van het *égalité*beginsel en anderzijds de aansprakelijkheid van de initiatiefnemer van de door het bestuursorgaan bij besluit toegestane activiteit.

52 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 943: "een als de facto-onteigening aan te merken inbreuk op het eigendomsrecht of althans een dusdanig zware inbreuk op het eigendomsrecht dat een feitelijk genot van de eigendom niet meer mogelijk is." Zie hierover ook ABRvS 13 februari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB6633, JB 2001/87, m.nt. Schlössels; ABRvS 20 februari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AL3065, AB 2001/380, m.nt. Struiksma; ABRvS 9 juni 2003, BR 2004/686, m.nt. Van Ravels; zie ook B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', *O&A* 2006, 3.

53 Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, nr. 3, p. 9–10.

54 Vgl. *Damen onder ABRvS* 19 juli 1988, Gst. (1988) 6876, 8, m.nt. Damen; zie ook het overzicht bij M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, par. 9.5 en 9.6.

55 Dat standpunt lijkt aan te kunnen sluiten bij dat van de regering, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32621, nr. 3, p. 12.